

Derechos sexuales y reproductivos y violencia de género
Cecilia del Refugio Palomo Caudillo (Catedrática)
Instituto de la Judicatura Federal, Aguascalientes, México

“Regulación de la gestación subrogada en México. ¿Derecho o nueva forma de sometimiento para las mujeres?”

gestación subrogada-México-reproducción-derechos

I. INTRODUCCIÓN

La tecnología avanza todos los días e impacta esferas de la convivencia humana, que hasta hace pocos años parecían constreñidas al ámbito de la ciencia ficción. La salud ha sido uno de los campos más desarrollados, en los que todos los días encontramos invenciones tendientes a mejorarla, así como tratamientos novedosos para tratar enfermedades. Dentro de estas mejoras necesarias para preservar o mejorar la vida, también es posible encontrar nuevas técnicas tendientes a la satisfacción de deseos, como por ejemplo el deseo de convertirse en padre o madre. Sin duda, las técnicas de reproducción asistida revolucionaron nuestra manera de comprender la gestación y la maternidad; sin embargo olvidamos que el progreso científico no es perfecto, y que el desarrollo debe ser evaluado por sus resultados e impacto positivo en la vida de las personas, y no en relación a la satisfacción de los deseos de algunos, que implican al mismo tiempo el padecimiento de otros.

La mal llamada “maternidad subrogada” o “alquiler de vientres”, denota la profunda ignorancia que tenemos sobre este tema, la primera concepción porque es reduccionista, como si ser madre consistiera únicamente en parir hijos; la segunda, porque habla del cuerpo de las mujeres como si se tratase de un objeto más dentro del comercio, vasijas que pueden ser alquiladas. Lo que sucede realmente, o debería suceder, es una gestación subrogada, es decir, la voluntad de una mujer de someterse libremente a un embarazo para cumplir los deseos de paternidad o maternidad de otras personas, ya sea proporcionando sus propios

óvulos, o recibiendo la implantación de un óvulo ya fecundado. Este procedimiento ha adquirido protagonismo en la agenda internacional no necesariamente debido a sus bondades o su alegado fin altruista, sino sobre todo, por la desprotección en la que se deja a las mujeres gestantes y la vulneración a los derechos de los niños. La popularmente conocida “maternidad subrogada”, se ha convertido en un jugoso negocio, que se vuelve popular sobre todo en los países en vías de desarrollo, ahí donde la pobreza orilla a las mujeres a buscar cualquier forma de ganarse la vida, muchas veces ignorando el precio sus decisiones desinformadas.

Quienes han propuesto la regulación de esta figura en el sentido positivo, señalan que si no deseamos que este tipo de “técnicas” o mejor dicho, de embarazos, ocurran en la clandestinidad, lo mejor que podemos hacer es regularlo. Sin embargo, hasta la fecha no existe ningún parámetro internacional que nos indique la vía idónea para hacerlo; tampoco opera a nivel nacional una ley que sea cien por ciento garantista de los derechos de todos los involucrados. Por otra parte, hay quienes sostienen que lo mejor es regular en sentido negativo, es decir, poner candados en la ley, tendientes a erradicar esta práctica por completo, a través de la vía penal; señalan que las reglas son imperativos de carácter general, por lo que la pretensión de regular excepciones (los pocos casos de gestación subrogada altruista) en detrimento de otros derechos resulta inviable e incluso inconstitucional y/o inconvencional. Me parece que detrás de cualquier propuesta de regulación, debemos enfocarnos en el sujeto sobre el que se regula, es decir, más allá de los involucrados, y a pesar de todo el desarrollo científico y tecnológico, es una realidad biológica, que las mujeres son las únicas capaces de gestar y parir un bebé, por lo que cualquier intento de regulación debería girar entorno a la mujer embarazada, es por ello, que parece absurdo intentar hacer una separación entre maternidad y gestación. Si bien es cierto que la mujer gestante renuncia a su derecho de ejercer la maternidad, después de dar a luz a un hijo, esto no quiere equivale a sostener, que por esta renuncia ha dejado de ser madre.

No pretendo con este trabajo plantear la regulación en sentido positivo o negativo de la gestación subrogada, sino simplemente señalar que si se desea hacer un debate serio al respecto, se deben llamar a las cosas por su nombre, evitando hacer uso de un lenguaje conveniente, para el enriquecimiento de quienes lucran con la venta de bebés. Hablemos entonces de embarazadas y no de “mujeres gestantes”, digamos con claridad que no estamos frente a una “técnica” más de reproducción asistida, sino frente a un embarazo en el que la renuncia de derechos afecta a terceros (sobre todo a los niños). Me parece que el punto de partida debe ser siempre la mujer, en una dimensión que va más allá de su libertad sexual o reproductiva, recordemos que los amplios catálogos de derechos que han sido resultado de la Ilustración, y que ha echado raíces en prácticamente todas nuestras instituciones sociales, incluidas las jurídicas, representan un ideario pensado en clave masculina, cimientos sobre los que se construyeron y siguen construyendo las figuras que regulan nuestra vida cotidiana; hablamos por lo tanto, de un pasado histórico en el que los hombres eran sujetos de derechos, pero las mujeres, niños y esclavos eran considerados meramente como un accesorio al poder masculino. Si bien es cierto, que las primeras conquistas feministas giraron en torno al goce de los derechos que se nos habían negado por haber nacido mujeres, hemos olvidado cuestionar el modelo sobre el que se constituyeron estos derechos, esa falencia da pie a luchas reivindicativas de libertades sexuales, como si ser dueñas de nuestros cuerpos, implicara necesariamente hacer cualquier cosa con ellos, sin ser consciente de las consecuencias.

Quienes defienden la gestación subrogada y su regulación, señalarán que existen múltiples casos altruistas de mujeres, que han ayudado a algún familiar o amigo cercano a poder concebir, o que el enfoque en las mujeres debe estar centrado en una remuneración justa y en la posibilidad de arrepentirse de entregar a sus bebés, después de haber dado a luz. Pero no olvidemos que el rompecabezas no está completo, si no se contemplan ambas caras de la moneda.

Lo cierto es que, aunque existan excepciones de renunciadas desinteresadas de derechos por parte de mujeres embarazadas, o prácticas que han resultado exitosas en cuanto a una adecuada remuneración y protección de derechos; también es posible encontrar un sin número de mujeres que son explotadas con fines de reproducción, a través de este procedimiento gestacional en auténticas granjas de mujeres embarazadas, donde éstas son tratadas como mero ganado reproductivo. Es así, que cualquiera de las dos posturas no estará completa si no es capaz de percibir, que los derechos de una persona terminan ahí donde comienzan los de otra, y que el deber de comportarnos fraternalmente los unos con los otros por ser libres e iguales en dignidad y derechos, tal como reza la Declaración Universal de Derechos Humanos, debe prevalecer por sobre cualquier deseo legítimo o ejercicio de derechos y libertades. Sin duda, la gestación subrogada en el fondo, ofrece un planteamiento moral, en el que hemos de reflexionar sobre aquello susceptible de ponerse a la venta en el mercado.

Habiendo planteado mi postura general respecto a este tema, me enfocaré en la regulación de esta figura dentro del sistema jurídico mexicano, para señalar que aún falta un arduo camino por recorrer en cuanto al debate y reflexión de una posible regulación en sentido positivo o negativo.

II. GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

En México dos Estados regulan el contrato de gestación subrogada en sus códigos civiles: Tabasco y Sinaloa; dos Estados la prohíben: Coahuila y Querétaro y existe una iniciativa de ley que no ha sido aprobada en el Distrito Federal. Analizaremos la regulación tabasqueña, por ser la más detallada, y al mismo tiempo la que mayores dificultades ha presentado al momento de su implementación.

TABASCO

El Código Civil de Tabasco fue reformado en enero de 2016 para restringir el acceso a la gestación subrogada para ciudadanos mexicanos, las disposiciones se encuentran contenidas en el Capítulo VI Bis “De la gestación asistida y subrogada”.

El artículo 380 Bis 1 define la gestación subrogada como un una gestación por contrato en la que a través de la práctica médica, una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.¹ También admite dos modalidades posibles en el contrato: subrogada (si la gestante aporta sus propios óvulos y da en adopción al bebé después del parto); y sustituta (si recibe el óvulo ya fecundado en su vientre).² *De esta definición, se desprende que el tipo de contrato ha de celebrarse únicamente en una relación heterosexual, puesto que es necesario comprobar la imposibilidad de gestar en el propio útero, queda abierta la interrogante sobre si dicha restricción, implicaría una discriminación para matrimonios igualitarios. En la práctica sabemos que tanto la India como Tailandia, también decidieron restringir el acceso a la gestación subrogada para parejas heterosexuales, esto relacionado con la alta demanda en el mercado de parejas homosexuales. Pero más allá de ello, no queda claro si hablamos de un contrato civil de prestación de servicios, o de un convenio amistoso entre las partes interesadas, parece que la legislación integra este capítulo dentro del derecho de familia, sin dejar claramente establecida la naturaleza del contrato.*

En cuanto a los requisitos de la mujer gestante, establece los siguientes:

¹ Cfr. Código Civil para el Estado de Tabasco, art. 380 Bis1. *(Los comentarios en cursiva han sido añadidos como comentarios al texto original).*

² Ob. cit., art. 380 Bis2.

- Perfil clínico (psicológico y social) de la madre gestante, previamente a su contratación. Para comprobar que su entorno social es estable y libre de violencia, así como su condición física y psicológica favorable para el adecuado desarrollo de la gestación. (Limitación: Ninguna mujer alcohólica, drogadicta, adicta al tabaco o a cualquier otra toxicomanía podrá ser contratada).³ *En cuanto a la comprobación del entorno, surge la pregunta de ¿cómo es que se probará dicha estabilidad? y ¿qué se entiende por estabilidad? sobre todo cuando hasta el año 2016 (mismo en el que se hizo esta reforma) el Consejo Nacional de Evaluación de la Política del Desarrollo Social (CONEVAL) señaló que el índice de situación de pobreza alcanzaba un 50.9% en este Estado. Además e mismo año el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) reportó más de 215 mil mujeres padeciendo algún tipo de violencia. En suma, parece que la particular situación en Tabasco, no parece ser idónea para la celebración de este tipo de contratos, y seguramente nos daríamos cuenta de lo mismo, si miramos la realidad de otros Estados de la República Mexicana.*

- Edad de madre gestante entre 25 y 30 años: Con buena salud biopsicosomática, previo consentimiento voluntario e informado.⁴ *El establecimiento de este rango de edad, parece un tanto discriminatorio, incluso se han presentado ya algunos casos en los que se les ha negado a las mujeres gestantes acudir a esta práctica, por estar fuera del rango de edad señalado, la Suprema Corte de Justicia en México aún no se pronuncia al respecto.*

- Acreditar con dictamen médico no haber estado embarazada 1 año antes a la implantación de la mórula, y no haber participado en más de 2 ocasiones consecutivas en dicho procedimiento. Lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado,

³ Ob. cit., art. 380 Bis3.

⁴ Ob. cit., art. 380 Bis3.

mediando conocimiento del cónyuge o concubino.⁵ *¿Hasta dónde llega realmente la alegada libertad sexual y reproductiva de la mujer gestante si tiene que notificarle a su cónyuge o concubino? ¿qué se entiende por dos ocasiones consecutivas?*

¿Qué sucede si la gestante sustituta o su cónyuge demandan la paternidad o maternidad?

Sólo pueden obtener custodia, si se acredita la muerte o incapacidad de la madre o padre contratantes.⁶ *Esta disposición nos recuerda lo triste de los casos de gestación subrogada, en los que la madre después de dar a luz se rehusa a desprenderse de su hijo o hija, ¿cuál será la respuesta adecuada para regular con equidad este contrato? ¿le damos a la madre un periodo para que tenga tiempo de arrepentirse?, parece que la legislación de Tabasco simplemente fortalece la afirmación de que una vez firmado el contrato, la madre no tiene derecho a vincularse afectivamente con el bebé que llevará en su vientre por nueve meses, no le está permitido, puesto que en todo caso, su papel funcionará como el de una madre de repuesto, solo si la madre adinerada que pudo pagar el tratamiento o su pareja, llegan a faltar.*

¿Cómo debe ser la manifestación del consentimiento?

La voluntad de las partes debe ser indubitable y expresa.⁷ *Pero ¿qué pasa cuando la voluntad cambia?, ¿a caso no es ésta la que rige los contratos?.*

¿Quiénes firmarán el contrato?

La madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, ante notario, mismo que deberá dar aviso 24 horas

⁵ Ob. cit., art. 380 Bis3.

⁶ Ob. cit., art. 380 Bis3.

⁷ Ob. cit., art. 380 Bis3.

posetrios a la celebración del contrato.⁸ *Nuevamente la pregunta gira entorno al objeto del contrato, ¿será a caso desproporcionada la carga para una de las partes de este contrato? Parece que dos de ellos aportan dinero, uno su consentimiento o más bien su permiso, puesto que hablamos de que la gestación ha de realizarse en “el cuerpo de su mujer”; y al final, ésta última aportará sangre, útero, dolores de parto, vida, y renunciaciones de derechos ¿no refuerza esta desequilibrada prestación el estereotipo de que las mujeres han de seguir sacrificándose para que otros se encuentren mejor?, me parece que quienes han dado a luz alguna vez en su vida, saben muy bien, que no existe dinero que pueda pagar esas noches sin dormir en los últimos meses del embarazo, o las contracciones antes de dar a luz, mucho menos el saber que una vez que ese bebé que creció adentro de ellas nazca, no podrán ni si quiera mirarlo, pero siempre recordarán cómo sonaba ese primer llanto que le abrió los pulmones.*

¿Se contemplan instituciones y clínicas de reproducción humana asistida?

Sí, deben estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y contar con la licencia sanitaria correspondiente, así como enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal y estatal, avisando durante las primeras 24 horas después de ocurrido el procedimiento, con una copia del certificado de nacimiento de los recién nacidos.⁹ *¿A cuál legislación se refiere? Parece que únicamente a la del Estado, puesto que a nivel federal no existe legislación vigente sobre gestación subrogada. Más aún ¿cómo piensa evitarse el fraude a la ley? ¿quién vigilará que efectivamente se reporten todos los niños nacidos?.*

⁸ Ob. cit., art. 380 Bis3.

⁹ Ob. cit., art. 380 Bis3.

¿Bajo qué supuestos se considerará que el contrato es nulo? ¹⁰

I. Por vicios de la voluntad relativo a la identidad de las personas; *(Como si no pudiera haber otro tipo de vicios de la voluntad en este tipo de contratos).*

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código; *(Cuyos requisitos no son del todo claros)*

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana; *(Parece que por lo menos, la propia regulación del contrato en el código, ya atenta contra el derecho de los niños a conocer su origen. Y si hablamos de dignidad humana, tenemos más tela de dónde cortar, porque mientras las brechas sociales y económicas sigan siendo grandes para las mujeres tabasqueñas (y en general, para las mujeres mexicanas), este tipo de contratos siempre atentará contra su dignidad).*

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y *(¿Y cómo piensan evitar esto? ¿existe alguna estrategia o simplemente se enuncia para alertar a las agencias que tienen que cuidarse mientras operan en el marco de la ilegalidad?)*

V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público. *¿No es de orden social atentarse contra la dignidad y derechos de mujeres y niños?*

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. *Es decir, que aunque encontremos algún supuesto de los anteriores, este contrato parece bastante atípico, puesto que no hay forma de eximirse de las responsabilidades adquiridas y derivadas, esto quiere decir, que pase lo que pase, la gestación debe continuar.*

¹⁰ Ob. cit., art. 380 Bis4.

¿Cuáles requisitos debe tener el contrato? ¹¹

Los contratantes deben:

I. Ser ciudadanos mexicanos; *(porque ya habíamos tenido mucho turismo extranjero comprando bebés en tierras mexicanas)*

II. Con capacidad de goce y ejercicio; *(aunque a veces la pobreza impida ejercer el derecho básico a una vida digna, basta con que se pueda disfrazar el ejercicio y goce de derechos civiles para celebrar el contrato)*

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad; *(nuevamente una restricción de rango de edades, que da pie a alegatos de discriminación).*

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y al concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; *(porque recordemos que aquí lo más importante es el producto, la mujer pasa a segundo plano de importancia).*

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.
Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento

¹¹ Ob. cit., art. 380 Bis5.

que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. *Aquí parece que por un momento piensa en el bienestar de la mujer, pero pocas palabras después, es posible percibir que ese “bienestar” es únicamente relevante en relación al feto.*

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado. *Es decir, el objetivo principal de este procedimiento judicial no contencioso, es crear una ficción jurídica, en la que la madre del bebé y su pareja, renunciarán a ejercer su maternidad y paternidad, para que los contratantes finjan que el bebé nunca estuvo en el vientre de otra mujer.*

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida. *Claro, porque si no, habría que pagar un poquito más.*

¿Y qué pasará con ese nuevo ser humano? ¿Cómo se registrará?¹²

El certificado de nacimiento será expedido por el médico que haya asistido a la mujer gestante; quien llenará además un formato expedido por la Secretaría de Salud, en el que contendrá, la constancia que la gestación fue asistida a través de una gestación por contrato, para posteriormente realizar el asentamiento del recién nacido mediante la figura de adopción plena. *Así concluye la negociación de este contrato, cuya mercancía en el mejor de los casos, es un niño sano que cumplió con las expectativas de quienes lo mandaron pedir, quizás hasta eligiendo su color de ojos o cabello.*

¹² Ob. cit., art. 380 Bis6.

La última parte de este apartado del Código regula las responsabilidades para las partes¹³:

¿Qué supuesto tendría que darse para que el contrato sea inválido?

El contrato carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso. *Por fin figura un derecho para la mujer gestante, lamentablemente posterior al daño ocasionado.*

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal. *¿qué se considera una patología genética? ¿quiere decir que si el bebé nace con síndrome de Down, la mujer tendrá el fabuloso derecho de demandar gastos médicos, para hacerse cargo de la mercancía que los contratantes ya no quisieron cuidar?*

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada. *Un seguro que no cubrirá por supuesto la probable depresión postparto.*

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen. *Responsabilidades civiles, porque vender bebés tampoco es que sea gran cosa, como para vernos en la necesidad de remitirnos a sanciones penales.*

¹³ Ob. cit., art. 380 Bis7.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran. *Los notarios sí deben ser sancionados, porque a fin de cuentas todo gira en torno a la figura civil del contrato, por eso resulta obvio que tengan mayor responsabilidad que los médicos que efectúan en la práctica el procedimiento, al derecho lo que le importa son las formas.*

II. CONCLUSIONES

Poco se ha estudiado sobre las implicaciones físicas, psicológicas y emocionales de las madres gestantes; más allá de verlo como un contrato lícito o ilícito, la gestación subrogada tal como se encuentra regulada en México ha fallado en proteger los derechos de las mujeres y los niños, y parece ciega ante situaciones relacionadas por ejemplo con la depresión postparto; la inviabilidad del feto; el padecimiento de alguna patología genética, que desmotive a los padres contratantes del deseo de tener un hijo; la protección a las madres que desean quedarse con el bebé una vez que nace; etcétera. En suma, no ha habido esfuerzos suficientes por estudiar cuáles son las secuelas físicas, psicológicas y emocionales, de las madres gestantes.

La maternidad subrogada está tan deficientemente regulada en México, que actualmente la Suprema Corte de Justicia conoce de tres amparos en los que se impugnan los artículos del Código Civil de Tabasco, relativos a la celebración de este contrato, por ser inconstitucionales y violar tratados internacionales; también se presentó una acción de inconstitucionalidad por invasión de competencias, debido a que un Estado/entidad (en este caso Tabasco) reguló a su antojo este contrato, sin considerar al poder legislativo federal. Aunque no se ha resuelto ninguna de estas controversias, se espera que pronto la Suprema Corte defina el futuro de esta regulación, ya sea dando luz verde a Tabasco y a otros

Estados, para regular los contratos de maternidad subrogada, o por el contrario ordenándoles modificarlos, o incluso eliminarlos de los códigos civiles locales. Así, mientras nuevamente la polémica se centra en regulaciones, contratos, jerarquías normativas, y derechos; la gestación subrogada parece ser una nueva forma de sometimiento del cuerpo de las mujeres más pobres en México.